财经法学 No. 6，2020
pp. 19 - 35

# 从公司合同说到组织说：法律行为视角下的公司与公司法

陈　醇*

**内容提要：**公司合同说从合同视角看待公司的本质，但实际上合同只是法律行为的一种，公司本质论不应忽视单方法律行为、决议甚至行为群落等对合同的替代作用。在科斯所说的替换机制中，替换者与被替换者均可能包括单方法律行为、合同、决议以及上述法律行为组成的行为群落。如此，从法律行为上看，公司的本质就是经过组织的法律行为或行为群落（组织说），公司法就是组织法，这一品性使之不同于合同法。我国《公司法》的修改应当采用组织说，尊重法律行为的自治，组织选择性的行为群落模块，且以强制性规范的形式规定各种行为效力的冲突规则与民事责任。

**关键词：**公司法　公司合同说　组织说　行为自治　效力冲突规则

公司的生死存亡与内外关系离不开单方法律行为、合同与决议，上述行为还可能形成综合性的复杂行为群体，从这一视角下看待公司及其法律制度，或许能有新的发现。

## 一、合同说及其缺陷

（一）合同说及其繁荣的原因

公司合同说肇始于科斯的企业本质论（下文简称“合同说”）。在科斯之前，公司与合同的关系尚未得到重视。科斯在其名文《企业的本质》一文中指出，交易是存在交易成本的，为了节约这一利用价格机制的成本，人们选择了企业。[1] 科斯在此文中还指出，企业的本质是以一个契

*　陈醇，浙江师范大学法政学院教授。

〔1〕 See R. H. Coase, The Nature of the Firm, 4 *Economica*, 386, 389 (1937).

〔2〕 参见前引〔1〕，R. H. Coase 文，第 390 - 392 页。

约代替一群契约，特别是利用长期合同来代替短期合同，从而节约交易成本。[2] 根据科斯的理论，人们的确可以得出公司的本质是合同的观点。公司节约交易成本的机理是：公司不能消灭合同，但可以减少合同的数量；公司以长期合同代替系列短期合同，从而减少了合同的数量。公司所减少的合同，是企业内部各部门之间原先必须订立的合同；至于企业与外部其他交易者的合同，那是减少不了的。

科斯的理论被后来者运用于公司的研究，进一步发展了合同说。阿尔钦等以合约理论分析企业，认为合约形式是企业本质的基础，区分了多边合约与双边合约对团队生产及其效率的意义，并得出团队生产在效率上可能优于单个生产的结论。[3] 上述理论接受了科斯的交易成本理论与企业本质论，从而强化了合同说。以上论文也重视合约的数量，这是值得注意的现象。詹森与麦克林根据科斯的理论，认为企业的本质是一组个体之间合同的联合体；因为组织的现金流与剩余资产索取权的可分性，因而区分企业内外的合同没有意义，只有认识合同集合才有意义。[4] 该文从代理合同的角度分析企业的本质："我们将代理关系定义为一种合同，其中一个或多个人（委托人）委托另一个人（代理人）代表他们执行一些服务，包括将一些决策权力委托给代理人。"[5] 这一观点有两点值得注意：一是将合同说具体化了，认为公司的本质是合同，而且是代理合同；二是将代理合同作为群体合作关系的基本形式。"这两篇论文后来分别被认为是公司合同理论的两个分支——交易费用理论和委托代理理论的代表之作。"[6] 在上述两篇文章中，前者只是强化了合同说，而后者则将合同说具体化为代理合同说。哈特和穆尔等人提出了不完备合同理论，认为合同是不完备的，而公司法是对不完备合同的补充。[7] 不完备合同理论既保留了合同说，也发展了合同说。麦克尼尔认为："所谓契约，不过是有关规划将来交换的过程的当事人之间的各种关系。"[8] 他的关系契约理论也为合同说提供了新的依据：公司是一种关系契约。不完备合同、关系契约论仍然坚持了合同说，只是认为它与传统合同的类型不太相同。其后，合同理论成为分析企业的框架，许多经济学家均采用这一思路，包括发现资产专用性理论的威廉姆森等人。[9]

我国学者对合同说进行了介绍、总结、阐发与适用。有学者认为，我国公司法完全有必要采取该种理论，适用自由原则，以促进经济的发展。[10] 有学者全面介绍了公司合同理论与公司合同的属性（关系合同、长期合同与不完备合同），认为公司法具有提供合同模本、补充合同漏洞与非效率目标的作用，"在制定公司法时，立法者必须按照合同的规则和市场的路径来进行，而不能依赖于国家的强制力而恣意妄为，这样，作为结果的公司法规则才能获得合理性"[11]。此文

---

〔3〕 See Armen A. Alchian, Harold Demsetz, Production, Information Costs, and Economic Organization, 62 *American Economic Review*, 777, 794 (1972).

〔4〕 See M. C. Jensen, W. H. Meckling, Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure, 3 *J. Fin. Econ.* 305, 310-311 (1976).

〔5〕 前引〔4〕，M. C. Jensen、W. H. Meckling 文，第 308 页。

〔6〕 罗培新：《公司法的合同路径与公司法规则的正当性》，载《法学研究》2004 年第 2 期，第 75 页。

〔7〕 参见〔美〕哈特：《企业、合同与财务结构》，费方域译，上海三联书店、上海人民出版社 1998 年版，第 25 页以下。

〔8〕〔美〕麦克尼尔：《新社会契约论》，雷喜宁、潘勤译，中国政法大学出版社 1994 年版，第 4 页。

〔9〕 对公司合同分析路径的概述，参见〔美〕奥利弗·E. 威廉姆森：《资本主义经济制度：论企业签约与市场签约》，段毅才等译，商务印书馆 2004 年版，绪论部分。

〔10〕 参见张民安：《公司契约理论研究》，载《现代法学》2003 年第 2 期。

〔11〕 前引〔6〕，罗培新文，第 83 页。

受到了推崇，[12] 并被运用于公司股东会与董事会权力的构造[13]。合同说也被用于解读公司章程，认为公司章程是一个合同。[14] 合同说成为我国公司法中的一般理论。

合同说受到推崇并在我国得到广泛传播，是因为这一理论符合民法的分析习惯，且其中包含了一些合理的观念。合同分析是民法的传统分析方法，而合同说只是这种分析方法在公司法理论中的运用。梅因提出，从身份到契约是人类社会的伟大进步。[15] 自此之后，合同倍受推崇。“以合同代表法律行为，这是民法的普遍现象。”[16] 对法律行为的分析，就是对合同的分析，这是民法中的公理。因此，从行为上分析公司的属性，必然会从合同上分析公司的属性。合同说除了符合民法的分析思维习惯，它还包含一些合理的观点：第一，公司法确实存在大量的合同制度。这是合同说的制度基础。这不必多说。第二，合同说提出了合同束、不完备合同与关系契约等多种学说。合同说非常注重理论的自我完善，这些理论本身有一定的正确性。这发展与加固了合同说，也完善了科斯提出的长期合同理论。事实上，这种发展与加固确实使对合同说的批评变得更为复杂与困难。如今，仅仅是梳理合同说的学说，就需要巨大的篇幅，更不论对这些学说与其理由进行反驳了。第三，合同说提出了公司法必须接受市场考验、必须尊重当事人的自治等观点。人们容易将其中个别观点的正确性等同于合同说的正确性，尽管它们的正确性并不必然证明合同说的正确性，但是，这很容易给人造成一种错觉：难道“市场检验规则”这样的说法有错吗？从而加强对合同说的信奉。

（二）合同说的缺陷

合同说受到了各种质疑。这种质疑可以分为两种：一种是质疑合同说本身，例如，认为该学说概念混杂，特别是法律经济学意义上的合约与法学中的合同不对应，对公司法具体制度的解释力和对公司的立约、履约和后续修改表现出天生的孱弱等；二是在质疑合同说之时，论证与提出替代性的学说，如论证与提出公司实体说、公司社区论、特许权理论、公司宪治论、公司聚合理论等。[17] 其中概念不明与混乱、解释力有限等，指向了合同说的实质性问题。

合同说的致命缺陷是什么呢？笔者认为，它主要有如下两点：

其一，忽视了单方法律行为与决议二者对合同的替代作用。将单方法律行为与决议全部归结为合同，这一严重的概念错误会导致连锁性的理论错误。单方法律行为、合同与决议均在公司实践与公司法中占有重要的地位。如合同说的列举所言，公司在聘任董事、监事、其他雇员与进行交易时，确实运用了合同。但是，股东会、董事会、监事会等公司机构行动的基本方式是决议，而经理、法定代表人的一般行为方式是单方法律行为。这是我国公司法的事实，也是很多国家公

---

〔12〕 参见汪世虎、蒋华胜：《公司法中的意思自治——以公司合同理论与公司法的功能剖析为视角》，载《西南政法大学学报》2015 年第 5 期。

〔13〕 参见罗培新：《股东会与董事会权力构造论：以合同为进路的分析》，载《政治与法律》2016 年第 2 期。

〔14〕 参见宋从文：《公司章程的合同解读》，载《法律适用》2007 年第 2 期。

〔15〕 参见〔英〕梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆 1959 年版，第 97 页。

〔16〕 陈醇：《商法原理重述》，法律出版社 2009 年版，第 244 页。

〔17〕 如下文献综述了国外的学说，并提出了自己的看法：邓峰：《作为社团的法人：重构公司理论的一个框架》，载《中外法学》2004 年第 6 期，该文认为公司法是“一个标准化的框架”；李诗鸿：《公司契约理论新发展及其缺陷的反思》，载《华东政法大学学报》2014 年第 5 期，该文综述了反对合同说的文献，并提出了自己的见解；黄辉：《对公司法合同进路的反思》，载《法学》2017 年第 4 期，该文特别强调不能在公司法中过度强调契约自由；〔澳〕斯蒂芬·波特姆利：《公司宪治论：重新审视公司治理》，李建伟译，法律出版社 2019 年版。

司法的事实。股东会聘任董事或监事等，这是委托（或信托）合同的内容，但是，将这些委托合同无限地扩大，认为股东会决议、董事会决议等均属于委托合同，就完全违背了民商法的基本原理。认为公司内部行为均是合同行为，这是典型的以偏概全的说法，基于此说法进而认定所有的公司行为均属于委托合同，将公司决议与单方法律行为的相关代价全部说成是代理成本，在法律上更是错上加错。单方法律行为、合同与决议在概念上不同，在原理上也有重大区别。[18] 决议在公司法中具有重要的地位，它是群体决策的基本方式，它因民主原则（在公司法中为资本多数决等）与正当程序原则而区别于合同。[19] 这三种行为均是意思自治指导下的行为，但是，单方法律行为是非合作情景下的自治模式，合同是双方意思表示一致上的自治模式，而决议是多数决定的自治模式。单方法律行为与决议都是意思自治的表现，但绝对不能将之等同于合同自由。以合同自由来概括私法行为的不同意思自治形态，存在根本性错误。公司运营需要合同，但公司运营绝非合同所能概括。合同说基于私法以合同代表所有行为的错误习惯，而以合同代表公司生活中的单方法律行为、合同与决议，从而得出错误的结论。在公司中，长期合同等固然有替代短期合同的功能，但是，单方法律行为与决议也有替代合同的功能。合同说过度强调了一种合同对另一种合同的替代作用，而忽视了单方法律行为与决议二者对合同的替代功能。这表现于法律之上，必然就是忽视公司法中的单方法律行为与决议制度。

其二，忽视了行为群落对合同的替代作用。所谓行为群落，是指由复数行为组成的行为系统。其系统性表现为不同种类行为之间相对固定的相互关系。公司设立、合并、治理、利润分配、清算等，均是由多类型复数行为组成的行为群落。如果公司行为不只是合同，那么，行为群落具有替代合同的功能吗？“个人主义方法论在私法中居于基础地位。”[20] 其基本单位是“一”，一个合同、一个决议，如此等等。合同法不讨论一个合同与另一个合同的关系，合同相对性便是这样的原则，在此背景下，将公司视为一个合同，是符合民法思维习惯的。而将公司视为一束合同或一个合同网之类，在民法上是缺乏理论依据的。在这种背景下，合同说自然必须回避合同群落对合同的替代，更不可能考虑单方法律行为、合同与决议组成的行为群落对合同的替代。长期合同、不完备合同与关系契约等，均在单个合同观念下打转，均回避了行为群落对合同的替代作用。这样，公司中行为群落的组织就被忽视了，行为群落的结构与程序设计也就成为可有可无的事情。合同说的各种发展，只是对合同法理论的发展，而未能超越合同法个人主义的方法论及其局限，它无法面对行为群落对合同的替代作用及其机制。

在国家过度干预的背景下，强调私法自治总是正确的，这却不能证明合同说的正确性，因为私法自治可通过合同实现，也可以通过单方法律行为与决议实现，还可以通过行为群落来实现。市场检验规则、放松管制都是正确的，但并不必须要通过合同进行。

面对合同说，有些批评者局限于批评，而未能提出替代性的学说，有些虽然提出了替代性的学说，却未能从法律行为角度解读公司的本质。合同说是从法律行为视角提出的公司本质论，要评论此学说，也必须从法律行为出发。公司实体说、公司社区论、特许权理论、公司宪治论等，

---

〔18〕 参见陈醇：《论单方法律行为、合同和决议之间的区别——以意思互动为视角》，载《环球法律评论》2010 年第1 期。

〔19〕 参见陈醇：《意思形成与意思表示的区别：决议的独立性初探》，载《比较法研究》2008 年第 6 期。

〔20〕 易军：《个人主义方法论与私法》，载《法学研究》2006 年第 1 期，第 93 页。

均未能从法律行为视角解读公司的本质，而是从其他各个方面解读公司的本质。这好比张三说叶子的颜色是绿色的，而李四争论道，叶子的形状是圆形的。二者视角不同，不具有可比性。如果说法律行为视角是一种重要的视角，那么，仍然有从法律行为上认识公司本质的必要。

（三）本文探讨的问题

公司法似乎不应当是合同法的特别法。公司法不应当重复合同法的内容。本文探讨的问题是：从法律行为上看，公司的本质到底是什么，这对于我国公司法的修改有何启发。“什么是公司法的性格？公司法规范可以由公司以章程的形式加以修改吗？公司法规范是强制性的吗，进而言之，哪些规范应该是强制性的，或者公司章程在何种程度上可以奉行私法自治的原则?”〔21〕如此等等的问题均离不开公司本质论。本文试图以上述问题为基点，讨论公司法的品性并提出我国《公司法》的修改建议。

## 二、公司本质论：组织说

如果从行为角度考察公司，那么公司的本质是什么呢?

（一）公司的本质：法律行为的组织

在认识公司的本质之前，应当认识到单方法律行为、合同和决议三者在成本上的差异。公司运营有三种常见的状态：一是公司（往往具体到某一公司机构）独自作出行为，不涉及他人；二是公司与其他主体进行交易，即两三个主体需要一致同意的交往；三是公司某一机构进行决策，涉及多个主体，无法达成所有主体的一致同意，只能以决议的方式进行决策。单方法律行为、合同与决议的适用场景不同，其成本也是不同的：单方法律行为适用于独断的场合，它不需要交易，不存在交易成本；合同适用于双方或人数不多情形下的交易，需要交易成本；决议适用于因人数较多而不能或难以达成合意的场合，它不存在交易成本，但需要决议成本。三种行为适用于不同的场合，三者的成本也是存在差异的。因为适用的场合不同，三者之间有时是无法相互取代的，例如，无法以合同取代单方法律行为，或者取代那些永远也无法达成100％同意的决议。但是，它们之间有时是可以相互取代的。例如，可以以单方法律行为代替合同，将需要双方合意的事委托给一方，由一方独断，或者采用降低同意的比例等方法，以决议取代合同，或者通过无限期不计成本的磋商等方法，以合同取代决议。公司行为具有长期性、复杂性与多样性，各种成本不同的法律行为为公司选择成本最小的行为种类留下了空间。

公司需要根据具体的情景选择单方法律行为、新型合同或决议来替代传统合同。公司经营中时常会选用新型合同来替代传统合同。如麦克尼尔所言，人们有时会倾向于选择关系契约而不是“单发契约”。〔22〕此外，公司也会选用单方法律行为与决议来替代传统合同。独断是最节省交易成本的方法，因为根本就没有交易；而决议有时也是节省交易成本的方法，因为在无法达成交易的情况下，如果一定要追求合意，那么，此时的交易成本在理论上是无穷大的。在合同无法运作的情况下，选用单方法律行为或决议替代合同，是能节约交易成本的，是有效率的。那么，在合

〔21〕 汤欣：《论公司法的性格——强行法抑或任意法?》，载《中国法学》2001年第1期，第109页。

〔22〕 参见前引〔8〕，麦克尼尔书，第71页。

同可以勉强运作的情况下，以单方法律行为或决议替代合同方式，就一定能节约成本吗？公司有时会将一些本可以通过合同方式完成的事务交由个人独断，因为合同天生就存在缺陷，只要有合同就有交易成本。从节约交易成本的角度来看，单方法律行为的独断是最有效率的方式。公司将一些重大事务交给专业人员（如董事长或经理）独断，就是基于这样的考虑。同样地，在决议比合同能够节约交易成本时，公司也会以决议替代合同：在多数人议事时，达成合意（100％同意）的成本一般会高于达成多数决定（例如 50％同意）的成本。如果能够无限期地等待，如果能够不计成本地磋商，可能决策者会达成合意，但是，这种合同往往是没有效率的，其交易成本大于决议成本。可见，公司会根据不同的场景选用不同的行为方式，有时选用合同，有时会选用单方法律行为与决议；选用后二者的原因可能是因为合同机制无法运作，也可能是因为合同机制增加行为成本。从公平、安全等其他因素考虑，也会得出相同的结论，因为单方法律行为、合同与决议在其公平与安全等价值上也有重大差异。单方法律行为、合同与决议三者所体现的价值观等存在重大的差异：决议是多数人的统治，它体现的是意思民主。〔23〕在民事责任上，违反合同承担违约责任，而违反单方法律行为与决议，其民事责任制度并不明确。〔24〕

公司也会选择单方法律行为与合同来替代决议。公司不仅可以用于替代传统合同，还可以用于替代决议。在科斯等人的视野中，合同是唯一的法律行为，因而，它也是唯一的被替换之物。事实上，单方法律行为与决议二者，是和合同一样的行为存在。人们既然可以运用公司替代合同，也就可以运用公司替代决议。决议也有决议的成本，如果能运用公司替代决议，那么，也可以节约决议成本。同样地，公司会选择合同或决议来替代单方法律行为。

公司还会组织行为群落替代零散的复数行为。当公司需要进行复杂行为时，它可能选择其中两个或多个行为，构建一个特定的行为群落而节约成本。例如，公司治理就是一个由众多决议、单方法律行为与合同组成的行为群落，它既包括董事长、经理等单方独断的行为即单方法律行为，也包括由董事会提案由股东会决定的决议行为，以及由经理提案由董事会决议的行为，如此，就将三个机构的行为镶嵌于一个结构之中，形成了分权制约的结构，也形成了环节分明、秩序井然的程序。又如，公司分立行为就是由公司股东会决议、公司公告与通知、分立协议等多类型复数行为组成的行为整体，它们也形成了富有结构与程序特色的行为群落。上述两种行为群落均不同于零散的复数行为。结构决定事物的性质与功能；权利结构理论认为，不同的权利结构具有不同的性质与功能。〔25〕这一理论也可以适用于行为群落中：选择不同的行为结构会有不同的成本与功能。公司会组织适当的行为结构，以节约成本并达成综合价值的最大化。合同说中的合同网理论认识到了合同群体的存在，但却没有认识到合同群落结构选择的重要性。对赌行为与公司上市等复杂行为绝不是一个合同或一个决议，而是多个行为的组织体。人们所说的对赌合同，只是这种结构中最为典型的那部分罢了。公司对行为结构的设计往往与行为程序设计混合于一处。如果说行为结构设计侧重于行为数量与关系维度的设计，那么，程序设计则侧重于动态过程

〔23〕 参见前引〔18〕，陈醇文。

〔24〕 参见陈醇：《论决议的民事责任——超越传统二元责任体系》，载《学术论坛》2010 年第 3 期。

〔25〕 参见陈醇：《权利的结构：以商法为例》，载《法学研究》2010 年第 4 期。

与顺序的设计。公司往往将多个行为组织于一个程序之中，既体现了接隼合缝之妙，也加入了程序设计的理性。萨默斯认为，程序是人工理性之物，其中加入了和平、自愿、公平等各种理性。[26] 程序设计既可以优先考虑效率，即节约程序成本，也可以优先或综合考虑其他价值。程序设计是公司的重要内容，且不说单个决议的程序，公司设立、收购、合并、分立等公司行为，均是多种行为的组织体，既有结构设计，也有程序设计。总之，公司会组织行为群落，用于替代零散的复数行为。

总结以上内容，公司的本质包括四个方面：第一，选择一定的法律行为来替换另外的法律行为；第二，创造新型法律行为来替代传统法律行为；第三，组织行为群落来替代复数的零散行为；第四，被替换的行为不局限于合同，还可以是单方法律行为与决议或者是行为群落。它不局限于以新型合同替代传统合同，而是在行为组织基础上的一种多元行为替换机制。汲取长期合同说等优点，还应当认识到上述替换机制的稳定性，即它是一种长期、相对固定的替换机制。在这种替换机制中，存在替换一端与被替换一端，前者是公司，后者是被替换的各种行为包括合同；仅仅从公司即替换一端考虑，公司就是经过组织的大型行为群落，即单方法律行为、合同、决议以及众多行为群落的组织体。公司的替代机制就是一个法律行为的组织机制，其中组织过程包括选择行为、创新行为与设计行为群落。行为的组织是公司的本质。为了称呼的方便，本文将上述公司本质论称作组织说。

组织说与合同说既有相同之处，也有差异。二者相同之处在于，均从法律行为视角看待公司的本质，承认自治在公司中的基础性地位，承认合同在公司中的重要位置，也强调公司的稳定性特征等。组织说与合同说的主要差异在于：第一，替换者与被替换者不同。合同说下的替换者与被替换者分别是新型合同与传统合同，组织说下二者分别是上述多元法律行为和行为群落。组织说的视野更为广阔。第二，创造性不同。合同说创造了长期合同、关系契约等理论，组织说除了承认这种单个行为的创造性之外，还强调创新单个法律行为与行为群落。第三，替换机制不同。合同说是一元替换机制，而组织说是多元的系统性替换机制。第四，技术性不同。合同说虽历经发展，但仍然局限于合同设计技术，而组织说重视合同技术的同时，也重视单方法律行为与决议的设计技术，更重视行为系统及其结构、程序的组织。第五，行为自由的空间不同。合同说局限于合同领域，主要体现的是合同自由，而组织说包括单方法律行为的自治与决议自治，它回归了法律行为自治的本意，还将自治由单个行为拓展至行为群落。

（二）公司法的本质：组织法

公司的本质是法律行为的组织体，相应地，公司法也就成为行为组织法。这一组织法包括行为种类的选择规则、单个行为制度的补充规则、行为群落的组织规则、效力冲突规则、行为责任规则等。

行为种类的选择规则。这一类规则规定公司特定行为选用什么样的行为方式，即何时可以或应当运用单方法律行为、合同或者是决议方式。公司的行为，可以以单方法律行为的方式完成，也可以采用合同的方式完成，还可以采用决议的方式完成。公司有大量的行为，这些行为到底采

---

〔26〕 See Robert S. Summers，Evaluating and Improving Legal Processes-A Plea for “Process Values”，60 *Cornell Law Review*，1，23（1974）.

用什么方式，这是公司法的重要内容。例如，捐赠行为是由董事长一人独断还是由股东会以章程或另外的决议决定，这往往是争议所在。当然，可以划定一个以数量为主要指标的界线，分别以独断的单方法律行为与决议决定，如此等等。采用不同的行为方式，与权利的赋予密切相关，但也不完全一致，例如，将一个决定权赋予复数股东组成的股东会，就可以有合同与决议两种不同的行为方式。公司法要提供行为方式选择方面的规则，以便为人们选择行为的种类提供依据。

单个行为制度的补充规则。合同、单方法律行为与决议等单个行为的规则，本来应当由《民法典》及其合同编等规定，公司法不应重复上述内容。但是，公司法出于自己的需要，可能也会补充一些合同、决议与单方法律行为的规则。公司中的合同具有长期性，而长期合同最大的问题是风险预防，例如，期货交易等远期合同就存在发达的风险预防制度。公司法为此不得不建立风险预防制度，例如，资本制度就是公司法中长期合同的风险预防制度之一。该制度具有担保功能，它与资本维持制度、公积金制度等一起构成公司的风险预防制度。公司董事、监事、高管与公司的合同往往是关系合同，合同内容不明确，而更多地依赖于公司法的整体语境，这一关系合同制度需要忠实义务与注意义务等予以明确。公司对单个行为规则的补充主要不在合同制度之上，而在单方法律行为与决议之上，民法之中有发达的合同法却没有发达的决议法与单方法律行为法。公司建立了发达的决议制度，也建立了一些单方法律行为规则。前者在我国公司法中占有重要的地位，导致决议的研究多以公司法为例；后者不太招人注意，但单方法律行为规则在公司法中决非可有可无。

行为群落的组织规则。除了单个行为之外，公司法还需要规定由多类型和复数行为组成的行为群落规则。公司法的行为群落规则是因应公司事务而组织，其中蕴含着立法者的人工理性，这种理性带有专业性质，既包括多类型复数行为的结构设计技术，也包括上述行为群落的程序化，其中行为与行为的融合与转换，行为之间的功能配合等，均有复杂深入的考虑，决非一时兴起，因而成型的行为群落模块值得尊重。例如，在公司治理的行为群落之中，多种类行为之间的结构设计就参考了公法分权制约的宪治结构理论。“200 多年以前，布莱克斯通将公司描述为一个‘小共和国’。作为一种治理模式，这一描述到今天仍然是恰当的。”〔27〕将行为的决定、执行（履行）与监督等不同的环节安排于不同的主体之间，形成了浑然一体的结构与程序系统。

效力冲突规则。不同的行为可能存在效力冲突，公司法需要为之提供冲突规则。例如，股东会决议与公司章程、公司内部决议与对外合同、董事会决议与股东会决议、董事会决议与公司章程等，均可能存在效力冲突。究竟优先承认何种行为的效力，这是公司法需要解决的问题。当公司决议与公司章程的效力冲突之时，公司法规定了违反公司章程的效力规则，这是简明的情况，当公司决议与公司对外合同的效力冲突时，应当以何者为准就比较复杂，就一个公司对外担保合同与决议的关系问题，如今就众说纷纭。这方面的规则是公司法所必不可少的规则，值得深入研究。

行为责任规则。这既包括补充单个行为制度的责任规则，也包括行为群体的责任制度。《民法典》合同编已经建立了违约责任制度，因而公司法不必重复，但是，违反长期合同的违约预防制度与关系合同的违约责任二者，公司法仍然需要作出规定。违反决议与违反单方法律行为的责任，也需要规定，公司法已经存在一些规定。行为群落的责任分配问题，多归结于组成它的单个

〔27〕〔美〕所罗门、帕尔米特：《公司法》，中国方正出版社 2004 年版，第 113 页。

行为责任，例如分别追究违约责任，这种责任拆分是否合理，值得研究。最能体现行为群落责任分配的制度是破产法制度，它将所有的行为责任进行一揽子解决，按照一定分配顺序与分配规则分配财产，这是典型的行为群落责任的系统性解决模式。

综上，公司法是法律行为尤其是行为群落的组织法。这使之区别于合同法。合同法只讨论合同，不关心单方法律行为、决议与行为群落。在合同说视野下的公司法规则，无法解释公司法中的单方法律行为与决议制度，更无法解释公司法中的行为群落制度。

（三）组织说的进一步论证

公司法采用组织说，有助于综合组织行为制度的武库，以适应公司事务的多重客观需要，并为当事人提供更多的选择。合同说倚仗合同理论与制度，确定合同在公司事务中的重要地位，为当事人的合同自由提供了基础，并有助于当事人选用各种合同制度。与将公司法理解为僵硬的法律强制相比，这一理论确实有其优越之处。但是，公司法的行为法武库不应当局限于合同制度，它还包括单方法律行为、决议与新型合同制度。组织说为公司法提供了更多的行为类型，从而丰富了公司法行为武库的内容。更为重要的是，组织说有助于公司法综合运用多元行为制度，构建各种行为群落并对其结构与程序进行设计，从而形成不同的行为制度模块。行为模式的多样化有助于适应公司法多样化的生活。公司事务具有复杂性，不同结构或程序的行为群落设计，为公司事务的复杂性提供了可能。合同说得到众多学者的承认，其根本原因在于它强调合同自由而能够为私人提供选择空间。但是，相比于组织说中的选择空间，合同自由的选择空间是非常有限的。组织说拓展了私法自治的空间：它将合同自由拓展至单方法律行为、合同与决议的自由，以及三种行为结构与程序综合性设计的自由。从此，公司法所提供的行为自治从一元自治走向了多元自治。公司宪治论等虽然为公司本质提供了另外的理论，但是，它们均未能吸收合同说中维护自由选择的优势。

组织说更能体现公司法的体系思维，也更有利于平衡各方利益。合同说试图以合同理论为公司法提供一以贯之的解释，但公司事务不只是合同事务，这使之难以完成上述解释任务。从体系上理解行为，完整的行为观念应当包括单方法律行为、合同与决议及其群落，而不只是合同一种。组织说以上述行为体系观念为基础，试图为公司提供一个体系性的解释。组织说的体系性还表现在，它不认为行为是各自孤立的，而认为行为可以被组织为具有一定结构与程序的行为群落。法律行为理论将行为分为三种基本的类型，但是，这种分类理论只考虑行为的“分”而忽视了行为的“合”。组织说既承认单个行为，也特别重视系统性复数行为的组织即行为群落，从而将既有的行为理论发展为一个分合兼顾的组织理论。在行为体系思维后面，是行为主体利益的体系化思维。公司法规定一定类型的行为，就意味着承认与保护一定主体的利益，例如，规定股东会的决议制度而不承认合同制度，就意味着不需要 100％的合意，而只需要多数决定，就意味着对股东权益的保护倾向。同样地，对行为群落不同结构或程序的选择，也意味着不同的权益分配。例如，公司减资时对债权人的通知与公告程序，就是对债权人权益的保护。从合同到多种类型的行为，从单个行为到行为群落，随着体系思维的增强，行为理论后面的利益考虑也更为系统与周详，这有助于平衡各方当事人的权益。与合同仅仅涉及相对人及少量第三人不同，公司事务往往涉及众多主体的权益，利益相关者是公司经常要考虑的群体，在这种利益纠葛中，仅仅运用

合同说是难以顾及合同之外主体利益的，而只有运用组织说，才能通过不同的行为类型及其行为群落来平衡众多主体的利益。总之，体系化的行为理论才可能有体系化的权益考量。

组织说更有利于提高公司的效率，并可能在必要时实现多种价值的平衡。自由选择有助于效率的提高，这应当是合同说的立身之本。其他公司本质论多是因为可能过度限制自由选择而难以与合同说相提并论。组织说为当事人提供了更多的选择，尤其值得强调的是，它将当事人的选择自由从单个行为拓展至行为群落的自由选择之上。这种“组合拳”的选择自由应当更有利于提高公司的效率。公司法属于商法，效率并不是商法的唯一原则，安全、公平与自由等也应当是商法的原则。在必要之时，公司法可能需要在行为制度中植入其他价值，实现多种价值的平衡，或者是综合价值的最大化。合同自由与对合同自由的限制有助于上述目标的实现，但毕竟局限于合同，其腾挪的空间非常有限。更多的行为类型与行为群落的选择，为上述价值协调准备了更多的空间，从而更有利于上述价值的平衡。在行为类型有限且缺乏行为群落观念之时，公司法可能不得不以牺牲一种价值来保护另一种价值，但是，在更大的选择空间下，可能并不必须如此，而可以通过行为结构与程序设计的方法，达成价值共赢。

从合同说到组织说，这符合法律制度发展的历史趋势。从身份到契约，这是人类制度的重大进步。在很多时代，人们往往通过特定身份的单方法律行为来取得财产等，合同与决议并没有被广泛运用。市场经济确立之后，合同成为市场机制的基本工具，从单方法律行为拓展至合同，这受到了梅因等很多学者的赞扬。但是，无论是合同还是单方法律行为，都只是少量主体决策的方式，它难以适用于群体行动与决策的场合。私法性质的决议制度应运而生。如果没有决议，因为无法达成合意或达成合意的成本过大，可能导致大量集体行动如资本集中的不能。决议的出现，为大规模主体的合作提供了可能。公司具有社团性（一人公司毕竟是例外），集中股东的人财物力是公司的优势所在。公司需要独断与合意，更需要群体性的决策机制，而决议正好契合于这样的需要。从单方法律行为到合同再到决议，人类合作的范围与规模日益扩大。公司事务具有复杂性，它往往不仅需要采用一种行为方式，还需要组织行为群落。行为群落能将具有不同行为偏好的主体统合于同一个行为群落之中，再一次拓展了人们合作的方式与合作的规模。梅因“从身份到契约”的著名论断指出了行为方式与制度发展的第一步，而组织说则指出了行为方式与制度发展的高级形态。

组织说发展了法律经济学理论。法律经济学基于合同说而得出公司本质论，但其根本性局限在于未能走出合同这一行为类型。这与英美法不注重行为类型的研究有关。法律行为理论是德国法的技术核心，它被认为是德国“民法学最引以为傲的成就”。[28] 即使在德国民法中，决议制度的发展也相对滞后，决议一直被当作多方法律行为，被认为是合同的一种，直到冯·图尔和梅迪库斯，才认为应当将决议从合同中分离出来，决议才成为法律行为之中一种与合同并列的类型。[29] 英美法不重视抽象行为理念的研究，一直以合同来代表所有的法律行为。这应当是法律经济学在基础概念上产生致命错误的原因。罗伯特等人重视决议，但这未能受到法律经济学的重视。这种缺陷导致他们一直在合同理论中打转。法律与经济毕竟是两大学科，法律经济学重视经

〔28〕 See J. H. Merryman，*The Civil Law Tradition*，Stanford University Press，1985，p. 75.

〔29〕 参见〔德〕迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社 2000 年版，第 165 页。

济学上的改进，而一直未能在基础概念上作出改变。科斯虽然是合同说的开创者，但他还是清醒地认识到自己在法律知识上的有限性。科斯曾说，他自己不是律师，对法律缺少详细的了解。[30] 这里有自谦的成分，也应当视为科斯对经济学者的委婉告诫：要研究行为制度，必须深入私法特别是公司法，才能知悉行为问题的复杂性。

## 三、组织说下的《公司法》修改

采用何种公司本质学说，这关系到我国公司法的宏观定位与整体选择，也关系到其中各种具体制度的设计。

（一）我国应当采用组织说

我国公司法必须放弃合同说，而采用组织说。采用组织说，首先是基于我国公司法正确性的考虑。除了合同之外，我国公司法中客观存在着大量的单方法律行为、决议与行为群落，因而，将上述各种行为归结为合同，这就存在明显的概念与方法错误。其次，采用组织说，也是弘扬我国公司法自治精神的必然举措。合同说受到推崇，其主要原因之一是其中隐含着对合同自由的推崇。合同自由只是私法自治的一种，组织说扩大了私法自由的范围，可以为当事人提供更多的选择。任何规则都必须接受市场的检验，而接受市场选择的关键之处即在于行为选择的自由度。我国公司法必须从单个行为的制度设计到行为群落的制度组织，以便在保持私法自治的同时适应市场的复杂性，使之能够适应市场的需求并接受市场的检验。再次，我国公司法采用组织说，有助于通过多类型行为与行为群落的组织，而植入包括效率、自由等多种价值并平衡多种利益。

采用组织说对公司法意味着：第一，在行为类型上，承认单方法律行为、合同与决议三种制度在公司法中并存的现状，并完善单方法律行为与决议制度。采用合同说，在理论上只会强调公司法中的合同，要么容易忽视公司法中的单方法律行为与决议制度，要么导致理论与制度的脱节。而采用组织说，意味着在行为制度的具体内容上，不再以要约、承诺与违约责任之类合同制度解释决议与单方法律行为，承认与完善决议的程序与内容、单方法律行为的程序、行为群落的结构与程序等。采用合同说与采用组织说，二者在具体行为制度上的重心与范围是不同的。第二，在行为群落的组织上，承认与完善行为群落制度，以适应公司的复杂性。采用合同说，只会重视合同制度的构建，而不会重视行为群落制度的组织。采用组织说，行为模块的组织就成为公司法的重要内容。第三，汲取合同说中的合理成分，完善针对长期行为的特色性制度，包括针对长期合同、长期决议（特别是章程）等行为的风险预防制度与监督制度。组织说并不是对合同说的彻底否认，而是对合同说的发展。第四，重视移植典型的行为群落模式即已经成型的行为模块制度，例如英美公司治理模式、德国公司治理模式与日本公司治理模式等，引入成熟的、典型的行为模块制度。

我国公司法采用组织说，要防止合同说遗留的一些错误观念。合同说将复杂的、多元的行为

---

〔30〕 See R. H. Coase，Law and Economics and A. W. Brain Simpson，25 *The Journal of Legal Studies*，103，106 (1996).

种类与行为群落全部归结为合同。复杂的系统“具有不能被简单的概念所充分模型化的特征”[31]。我国公司法要防止这种不当简化，这包括：第一，不要将单方法律行为与决议简化为合同，尤其是不要将所有的行为归结为代理合同。交易存在交易成本，代理合同也存在代理成本，这没有错；但是，没有必要因为这一正确性而将决议成本、单方法律行为的成本全部归结为交易成本或代理成本。第二，不要对行为群落制度断章取义，而将之归结为合同。公司设立、治理、分合、清算等均是多类型复数行为组成的行为群落，相应的制度也是行为群落制度，这种制度具有体系性。对这种制度的修改与完善，均应当从整体予以考虑，不应当断章取义。以公司治理为例，公司法一般要求公司股东通过股东会实现对公司的治理，但是，现实之中很多公司采用股东合同的形式，架空股东会，而以单个合同实现对公司的治理。公司治理是一个多种类复数行为组成的系统，以合同行为取代股东会模式，本质上否认了整个公司治理制度。这种以合同治理代替行为群落治理的做法，受到了合理的质疑。[32] 第三，不要将公司法定位为合同法的特别法。这既不正确，也没有可能。公司法包括了三种行为及其群落的结构与程序的组织技术，其行为类型、技术含量与选择空间不是合同法所能涵盖的。将公司法退化为合同法，以公司之名行合伙协议或代理合同之实，均是一种返祖的做法，与法律制度的进化趋势背道而驰。

在我国企业法的进化史中，选择公司法而不是单方法律行为或合同制度，这是历史的经验与教训。在计划经济时代，企业是政府的“单位”，运用行政命令治理企业，导致了严重的亏损与腐败。其后，我国对企业制度进行改革。先是采用了厂长负责制，这一改革从无人负责到有人负责，以单方法律行为作为企业治理的工具，但因为严重依赖于厂长个人的素质，其效果不如人意。再后来，采用了合同思路，即承包制与租赁制。这一思路将合同作为治理企业的基本工具，正是合同说所提倡的思路。承包制以失败告终，其基本现象是包赢不包亏；租赁制也以失败告终，其基本现象是掏空企业。交易发达的时代，合同成为主要的生财方式，我妻荣曾经称赞合同债权在近代法中的优越地位。[33] 但是，历史证明，合同并不是特别好的治理方式。在这些方式失败之后，我国才引入了公司制度即所谓现代企业制度。公司制度重视单方法律行为与决议，更重视组织分权制约的行为群落，它使我国大量企业摆脱了亏损与破产等灾难，取得了历史上前所未有的成就。

（二）全面体现行为自治

法律行为是私法自治的工具。[34] 我国公司法采用组织说，应当认识到是对法律行为的组织，因而必须尊重法律行为的自治本性，据此增加公司法规则的选择性。这包括选择行为的类型、行为的数量与行为的群落，尤其是选择不同结构与程序的行为群落模式。这种选择性，既包括选择，也包括选择的限制。我国有学者认为：“从公司基本框架设计，到股东权利保护，再到公司机关设置优化，域外实践都渐次彰显‘选择’功能的重大价值，这对于反思我国公司法的理念与规则而言，实为难能可贵的一次机遇。”[35] 此言契合于法律行为的自治性质。

先说选择。我国公司法可以从如下方面加强行为的选择性：

---

〔31〕〔美〕雷舍尔：《复杂性：一种哲学概观》，吴彤译，上海科技教育出版社 2007 年版，第 27 页。

〔32〕参见陈群峰：《认真对待公司法：基于股东间协议的司法实践的考察》，载《中外法学》2013 年第 4 期。

〔33〕参见〔日〕我妻荣：《债权在近代法中的优越地位》，王书江等译，中国大百科全书出版社 1999 年版，第 7 页。

〔34〕参见前引〔29〕，迪特尔·梅迪库斯书，第 45 页。

〔35〕周游：《从被动填空到主动选择：公司法功能的嬗变》，载《法学》2018 年第 2 期，第 143 页。

第一，增加股权的类型。我国股权类型过少，尤其是优先股类型制度不够完善。如果以证监会规章所称优先股为限，优先股仅适用于上市公司，还不包括大量对赌合同中享有优先权的有限公司股权。我国公司法应当增加股权的类型，特别是全面引入优先股制度。[36]

第二，增加公司章程的类型与内容的选择性。目前，我国公司章程本质论有合同说与决议说两种，其中决议说认为："章程行为属于法律行为中的决议行为，章程具有决议的法律属性。"[37]在公司章程的创设上，可考虑引入四种公司章程模式：单方法律行为模式，即授权特定主体确立章程，适用于一人公司与部分小型公司；合同模式，适用于中小型公司；决议模式，适用于中大型公司特别是所有上市公司；混合模式，部分内容运用单方法律行为或合同制度，部分内容运用决议制度，此模式适合于一些新型公司。在公司章程的修改中，也可以考虑上述四种模式，但以决议作为兜底模式。在公司章程的内容上，公司法应当规定一些强制性内容，也规定一些"另有规定"条款。其中，"公司章程另有规定的除外"条款，不宜点到为止，而应当列举若干种选择性的行为模式，将其他模式作为例外并对例外提出抽象性的审查条件。公司法具有模本作用、补漏作用等。[38]提供可以直接适用的模本是公司法的重要任务。目前工商登记部门往往采用极为简明的公司章程版本，一些地方的登记部门甚至为了"避免麻烦"而不承认不同版本的章程设计。公司法应当为公司提供若干版本，避免当事人因智识缺陷而导致的选择不能。

第三，在表决制度上，公司法应当规定多种表决模式。除了资本多数决与累积投票制等设计之外，可考虑多种表决制度甚至是复合式的表决制度，即引入"智识多数决"或者资本与智识并重的表决机制等。[39]公司法应当规定多元表决模式，并要求在所有的表决模式中考虑中小股东的保护。

第四，在公司几个主要机构的关系上，公司法应当规定多种可供选择的治理行为群落模式。我国目前的治理模式接近于日本模式，综合运用了单方法律行为、合同与决议组成的行为群落，将决策权、执行权与监督权分别置于不同的机构。公司法也可以规定美国模式与德国模式等其他模式，由当事人自行选择治理模式包括其结构与程序。

第五，公司法目前已经规定了多种出资及其缴纳模式，还可以考虑规定风险投资的出资模式如对赌协议模式。对赌协议多涉及公司治理、利润分配与股权结构等多重问题，将之视为一个合同行为而不是行为群落，未免将之简单化了。公司法宜将常用的风险投资方式特别是对赌合同规范规定于其中。当然，这种规定一定要考虑当事人选择的多元性。

第六，在公司会计账簿之上，我国已经根据公司的大小等规定了多种可选择性的会计账簿制度。这方面还有增加选择性的余地。[40]

在其他制度之上，也还可以增加选择性，于此不一一列出。

公司法在增强选择性的同时，也应当明确选择的范围。公司法的选择性为公司创新提供了空间，却不能为劣币驱逐良币提供渠道。公司法所列出的模式应当是经典的权衡各方利益的成熟模

---

〔36〕 参见任尔昕：《关于我国设置公司种类股的思考》，载《中国法学》2010年第6期。

〔37〕 吴飞飞：《论公司章程的决议属性及其效力认定规则》，载《法制与社会发展》2016年第1期，第177页。

〔38〕 参见罗培新：《从政府管制走向市场导向——公司法修改的合同路径分析》，载《金融法苑》2003年第5期。

〔39〕 参见吴飞飞：《现代公司控制权分配中"智识多数决"现象探究》，载《证券市场导报》2019年8月号。

〔40〕 这方面的研究较少，需要加强。参见李法兵：《公司治理结构中会计目标的法律经济学解释——兼论我国会计法律制度的完善》，载《财务与金融》2010年第4期。

式，而不是随意的、以损害他人利益或逃避义务为目标的模式。这决定了公司法必须规定多种模式，但必须限制当事人超出模式之外的选择。“公司章程另有规定的除外”，其中“另有规定”完全由当事人决定，很容易成为“强而智的人”损害“弱而愚的人”的工具。[41] 公司行为制度设计特别是行为群落制度的组织，如果要贯彻公司法多元价值与多方权益平衡的目标，那么，它一定需要丰富的法技术素养，非得经过慎重的考虑与多方博弈之后才能完成。例如，目前世界上比较优良的公司治理模式，只有那么几种。在强调公司法选择性或私法自治之时，不可将恣意视为选择，也不可忽视私法自治的范围。损害他人利益、掏空公司、滥用公司独立人格与有限责任等，均可能成为恣意自治的副产品。我国公司法制度运作不久，公司与股东的人格区分、公司财产与股东财产的区分、公司治理与股东个人行为的区分等，还未能深入人心，因此，我国公司法一方面要增加私人自治的空间，但也不宜过度扩充私法自治的空间，在比较法研究之上，尤其要注意中国公司法面对的上述国情。公司法选择性的增强，决不意味着大股东可以自由地损害中小股东的权益与债权人的利益，也不意味着享有公司有限责任的优势而行合伙协议甚至单方法律行为之实。科斯在《企业的本质》一文中指出了权利的相互性，即你的权利就是我的义务。[42] 同样地，在资源竞争的背景下，自治也是相互性的，一定主体的自治必然以对另外主体的强制为代价。公司法只能寻求共赢性质的、合理的自治分配，而不能将私法自治理解为强者或特定人的自治。例如，如果股东能以股东合同分配利润而不顾及利润分配的法定程序，那么，股东的这种自治就必须以国家税收、债权人利益与公司未来的损害作为代价，其本质就是以债权人与公司自治的牺牲为代价而满足股东的自治。没有选择的公司法，是违反私法自治的，而没有限制的选择，必然导致公司法的虚无主义，二者具有类似的害处。

（三）明确行为群落的效力规则与责任规范

公司法除了规定行为选择制度之外，还要规定行为效力及其冲突规则、行为法律责任，要求当事人为自己的自治负责。行为人有能力自治，行为人必须考虑他人的自治，行为人也有能力对自己的自治负责，这是私法对主体的信任，也是私法强调自治的必然结果。这方面的规范往往以强制性规范的形式出现。

公司法要规定行为效力及其冲突规则。在行为效力上，这包括单个行为的效力规则与行为群落的效力规则。合同的效力规则是较为成熟的规则，公司法不必再行规定，而单方法律行为与决议的效力规则，虽然《民法典》总则部分有法律行为的一般规则，但对于单方法律行为与决议未必合适。现行《公司法》及其解释规定了决议的效力规则，在汲取学者一些观点的基础上，可作一些修改。在行为群落的效力规则上，则应当建立比较复杂的行为规则，公司法还需要考虑建立如下六个方面的效力冲突规则：

第一，将行为区分为内部行为与外部行为，一般而言，除非外部行为人知悉内部行为的内容，否则内部行为的效力与内容不影响外部行为的效力。这方面的典型是对外担保等对外交易合同与内部决议的关系。除非对方恶意，否则公司不得以违背决议为由，否认对外担保合同等对外合同的效力。这其中有很多论述，于此增加一个理由：从成本上看，公司自己更容易知悉自身决

〔41〕 参见〔日〕星野英一：《民法中的人》，王闯译，载梁慧星主编：《为权利而斗争》，法律出版社2000年版，第347页。

〔42〕 See R. H. Coase，The Problem of Social Cost，3 *Journal of Law and Economics*，1，2（1960）.

议的内容，因而更容易预防决议对合同效力的影响；从成本最小化的角度上看，公司自己预防自己的担保行为与自己决议的冲突，是符合效率最大化原则的。要求交易对方承担一定的调查义务，这可以理解，但这种要求不能过高，公司应当自行遵守谨慎义务，否则是违背效率原则的。在没有受到欺诈与胁迫的情况下，公司的意思形成与意思表示应当一致，这是公司自己的事情，由他人来承担调查义务，这既是不公平的，也是不合理的。这应当是对外担保方面的一般规则，也应当是公司法一般性的内外行为效力冲突规则。

第二，将行为区分为关联行为与非关联行为，要求关联行为提供相应的对价，否则将导致行为的效力瑕疵。关联交易、关联决议与关联单方法律行为，均必须考虑符合市场公平价格。在这方面，典型的是关联担保。公司不可以为其股东或其他关系人无偿担保。公司担保必须有偿，否则，担保合同无效。2019 年发布的《全国法院民商事审判工作会议纪要》规定了关联担保，但没有要求被担保方提供对价。〔43〕这是错误的。为他人担保与为他人保险，均是为人承担风险，保险合同需要交付保费，为什么担保合同不需要付出代价呢？公司不是自然人，它有明确的营利目标，不能够无偿为他人尤其是股东承担风险。如果坚持上述原则，那么，整个公司担保合同数量可能会大为减少，《公司法》第 16 条等针对的关联交易、关联决议与关联单方法律行为均将大为减少。建议将第 16 条第 2 款修改为："公司为公司股东或者实际控制人等关系人提供担保的，必须经股东会或者股东大会决议，且必须支付对价或提供反担保，公司不得为其关系人提供无偿担保。"或有人认为，公司为其股东等担保，公司在履行担保义务后有对该股东等的追偿权，公司因此而得到了对价。这是错误的观点，无论公司能否追偿，公司都承担了风险，追偿权只是一种期待权，试想，如果被担保的股东有能力满足追偿权，他还需要公司为其提供担保吗？正是因为股东在履行能力上存在风险，才需要公司为其担保。因此，追偿权不是公司担保合同的对价。要求关联方向公司支付对价、不能进行无偿担保等，这对于遏制《公司法》第 16 条等关联交易纠纷的繁盛，具有釜底抽薪的作用。

第三，区分公司的根本行为与非根本行为，并要求公司的非根本行为必须尊重其根本行为。这方面的典型是公司章程与公司其他行为的关系，公司的其他行为必须尊重公司章程。公司的合同、决议、单方法律行为均必须尊重公司章程。这一点还包括如下问题：公司董事会的行为必须符合股东会的决议，公司经理的行为也必须符合股东会与董事会的决议。我国《公司法》规定了公司章程的根本性地位，但只是从主体角度作出规定，即要求公司、股东、董事、监事与高管等遵守公司章程，而没有明确规定公司的合同、决议、单方法律行为均必须尊重公司章程。建议明确规定公司、股东、股东会、董事、董事会、监事、监事会、高管等主体在进行合同、单方法律行为与决议时，必须遵守公司章程。从行为角度规定行为之间的服从关系，对于理解公司董事与高管等的信义义务等，或能提供一些启发：董事与高管等的义务多是以公司章程或决议为依据的，其违反信义义务的行为多是违反公司章程与决议的行为。同时，也建议《公司法》规定股东会、董事会、监事会与高管之间的行为效力关系。建议将《公司法》第 149 条修改为："股东、董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程与决议的规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。"其中，增加股东为责任人，同时将违反决议作为赔偿损失的事由。

〔43〕 参见 2019 年《全国法院民商事审判工作会议纪要》第 18 条"善意的认定"。

第四，规定在先行为与后续行为的效力冲突规则。这一般适用于同一主体同种类行为之间，在公司法中主要表现为同一主体的决议的效力冲突。在合同法上，相同主体的新合同可以替代旧的合同，扩展这一原理，在公司法中，相同主体的新决议可以替代旧的决议。这方面还需要考虑决议的形式问题：一个全体同意的决议，能被一个过半数通过的决议所取代吗？这是公司法经常会遇到的问题。公司的一些重大决议必须经过三分之二多数通过，而其后其他决议可能只需要二分之一多数通过。我国公司法可以允许新决议取代旧决议，但必须考虑决议的形式对效力的影响，规定对中小股东的适当保护，以防止大股东损害中小股东的权益。

第五，区分债权人行为与股东行为，以公司的财务会计制度特别是利润分配制度解决二者的效力冲突。债权人要求公司清偿债务，而股东要求公司分配公司收入，这两种行为的标的均指向公司的资产，会产生冲突。公司财务会计制度特别是利润分配制度就是这方面的冲突规则。我国公司法已经建立了利润分配的强制性程序，禁止违反此程序的收入分配。公司股东不能以股东合同等合同形式另行设立分配规则，也不能以合同形式设立财务会计规范之外的规则。建议公司法强调这一规则的强制性，加强独立账户、计账制度等常用财务会计规则，明确上述规则的强制性，预防公司股东与公司财产的混同。建议在《公司法》第 171 条后面增加一款："禁止以他人账户代替公司账户，账户混用可作为滥用公司独立人格的初步证据，除非能够证明公司财务的独立性，否则该账户的开户人或使用人对公司的债务承担连带责任。公司必须建立独立的财务会计制度以预防公司股东与公司财产的混同。"建议在《公司法》第 166 条后面加一款："以股东合同或其他程序对公司的利润作出分配，其分配无效。"

第六，修改股东权行使方面的规定，避免形成"有限责任无限权利"的印象。在公司法中，股东的责任是有限责任，与有限责任相对应，公司股东的权利也是有限权利。何为有限权利？这包括两个方面：其一，股东必须以参加股东会且以法定或公司章程规定的行为方式行使共益权，而不能成立临时性组织并以临时性的规则行使共益权。禁止股东成立临时组织并以临时性规则取代股东会及其法定或公司章程规定的行事规则。这不仅考虑到组织与议事规则的制定需要丰富的技术素养，还考虑到这种恣意行为超出了债权人与中小股东的预期，可能严重损害债权人、中小股东的利益与社会公共利益。其二，只有股东会才能依分权制约制度支配董事与董事会、监事与监事会、高管等，股东不能直接支配上述公司组织。股东必须通过股东会才能行使共益权；公司的任何行为必须将决策权、执行权与监督权分开。这是汲取公法分权制约营养的要求，它框定了公司治理行为群落的基本结构，股东必须遵守。这与合同自己缔约、自己履行的机制完全不同。《公司法》第 4 条宜修改为："公司股东依法享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等共益权，但是共益权必须通过参加股东会及其法定或公司章程规定的程序行使。禁止股东成立临时组织并以临时性规则取代股东会及其法定或公司章程规定的行事规则；禁止股东越过股东会而直接行使其对公司的决策权等共益权；股东违反公司财务会计制度尤其是利润分配程序的行为无效。"建议在《公司法》第 147 条第 1 款后面加上一款："公司股东或实际控制人越过股东会直接治理公司，必须承担违反忠实义务和勤勉义务的法律责任。"这一款的作用是在禁止股东非法治理公司的同时，对此非法治理行为，要求其承担忠实与勤勉义务。

除了以上冲突规则，我国公司法还需要规定违反公司决议与单方法律行为的法律责任。违约责任已经存在，公司法不必重复。《民法典》有统一的行为效力制度，却没有统一的违反有效行

为的责任制度，即只规定了违约责任，却没有规定违反决议与单方法律行为的民事责任，因此，公司法出于需要，应当完善违反单方法律行为与决议的法律责任。我国《公司法》已经规定了公司董事等违反公司章程造成损失的赔偿责任。其他义务人违反公司章程要不要承担责任？公司董事等有义务遵守决议的人违反决议要不要承担责任？这还需要《公司法》作出规定。建议我国《公司法》对此作出一般规定，包括对责任豁免作出规定。在公司行为群落之中，往往一个行为的效力瑕疵会导致另外行为的效力瑕疵，此时，单个行为的责任人要不要对整个行为瑕疵承担连带责任？例如，公司某股东的行为导致公司决议无效，而依此决议进行的公司合并行为已经行至中间环节，并因为决议无效而导致公司合并行为的无效且导致损失，上述股东是否应当承担合并失败导致的损失？因为行为的关联性，建议《公司法》规定股东承担连带责任。

总之，我国《公司法》法律责任部分差不多全是行政责任与刑事责任规范，而民事责任规范缺位。《公司法》的修改，应当添加民事责任规则。

## 四、结　语

在以合同代表法律行为的思维导向下，公司被认为是合同的替代之物，这就树立了以新型合同替代传统合同的公司本质论。扩展法律行为的观念，可以建立一个多元的替代理念：其中替代物（公司）既可以是新型合同，也可以是单方法律行为、决议以及行为群落；其中被替代物，也不应当局限于传统合同，它也可能是单方法律行为、决议以及行为群落。由此，公司本质论也就从合同说发展到组织说。在法律行为视角下，公司法不是新型合同法，而是组织法。我国《公司法》应当在组织说的指导下，拓展行为制度的选择空间，同时以强制性规范规定行为效力的冲突规则与违反有效行为的法律责任制度。

**Abstract**：The theory of company contract looks at the nature of a company from the perspective of contract. But in fact，contract is just a kind of legal acts，and the theory of company nature should not ignore the substitution effect of unilateral legal act，resolution or even contract nexus. In R. H. Coase said substitution mechanism，substitutes and the replaced all may include unilateral legal act，contract，resolution，and the community of legal acts above. So from the perspective of legal action，the company's nature is legal actions or their community through organization（organization theory），and company law is the organic law，which makes it different from the contract law. The revision of the Company law of China should adopt the organization theory，respect the autonomy of legal acts，organize the selective legal community modules，and provide the conflict rules of enforceability and civil liability of all kinds of behaviors in the form of mandatory norms.

**Key Words**：company law，company contract theory，organization theory，autonomy of legal act，conflict rule of enforceability

（责任编辑：周　游　赵建蕊）